

**Jeffrey Arcos Troyano\***

Universidad del Cauca (Popayán, Colombia)

jotarcos@live.com

**José Luis Osorio\*\***

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

Jlom\_20@hotmail.com

**Reflexiones éticas sobre el hacinamiento  
carcelario en la sentencia T-153 de 1998\*\*\***

*Ethical reflections on prison overcrowding in the judgement  
T-153 of 1998*

*Reflexões éticas sobre superpopulação carcerária no  
julgamento T-153 de 1998*

**Artículo de investigación:** recibido 04/09/2018 y aprobado 24/10/2018

\* Estudiante de Maestría en Ética y Filosofía Política de la Universidad del Cauca, estudiante de Licenciatura en Filosofía de la Universidad del Valle, Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Investigador en Filosofía Política y Filosofía del Derecho. [Orcid.org/0000-0002-8404-9666](https://orcid.org/0000-0002-8404-9666)

\*\* Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad Icesi, investigador en Derecho Laboral y de la Seguridad Social, investigador en Filosofía del Derecho, Abogado litigante y Asesor de empresas en materia Laboral y de la Seguridad Social. [Orcid.org/0000-0002-4995-1777](https://orcid.org/0000-0002-4995-1777)

\*\*\* Este artículo presenta algunos resultados de la línea de investigación en política y derecho del proyecto de investigación titulado «Política, Derecho y Posconflicto. Transformaciones Institucionales en Colombia» financiado por la Universidad Santiago de Cali con la Convocatoria Interna 002 del 2015 de Jóvenes Investigadores Santiaguinos.



## Resumen

Resumen Este artículo intenta poner de presente una crítica de implicaciones ético-jurídicas que subyacen al momento de decretar un estado de cosas inconstitucional frente al problema del hacinamiento en las cárceles por parte de la Corte Constitucional colombiana, resaltando no sólo la vulneración masiva de derechos fundamentales, sino también la indiferencia con la que operan los ciudadanos en Colombia, relegando a una minoría de la población que se vuelve vulnerable ante ese trato residual de la sociedad y de un Estado que se niega a resolver ese problema, aduciendo un déficit presupuestal y la una incapacidad de sus instituciones para hacerle frente; atacando desde varios frentes la labor hecha por la Corte en esta trascendental sentencia.

**Palabras claves:** Hacinamiento carcelario; Dignidad humana; Sentencias estructurales; Estado de cosas inconstitucional; Neoconstitucionalismo; Corte Constitucional.

## Abstract

This article attempts to present a critique of ethical and legal implications underlying at the moment of declaring an unconstitutional state of affairs against the problem of overcrowding in prisons by the Colombian Constitutional Court, highlighting not only the massive violation of fundamental rights, but also the indifference with which operate citizens in Colombia, relegating to a minority of the population becomes vulnerable to the residual treatment of society and a State that refuses to solve that problem, citing a budget deficit and an inability of its institutions to face them; attacking on many fronts the work done by the Court in this important decision.

**Keywords:** Prison overcrowding; Human dignity; Structural judgments; Unconstitutional state of affairs; Neoconstitutionalism; Constitutional court.

## Resumo

Este artigo procura apresentar uma crítica às implicações ético-jurídicas subjacentes ao momento de declarar inconstitucionalidade do problema da superlotação das prisões pelo Tribunal Constitucional colombiano, ressaltando não só a violação em massa dos direitos fundamentais, mas também a indiferença com que os cidadãos operam na Colômbia, relegando uma minoria da população que se torna vulnerável a esse tratamento residual da sociedade e de um Estado que se recusa a resolver este problema, citando um déficit orçamentário e a incapacidade de suas instituições

para enfrentá-lo; atacando de várias frentes o trabalho realizado pelo Tribunal nesta sentença transcendental.

**Palavras-chave:** Superlotação da prisão; Dignidade humana; Sentenças estruturais; Estado de coisas inconstitucional; Neoconstitucionalismo; Tribunal Constitucional.

La Sentencia T-153 de 1998 de la Corte Constitucional, presidida por la ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, constituye un pilar fundamental para el constitucionalismo colombiano, en razón de que puso de presente una crisis carcelaria en Colombia ignorada por la mayoría de la ciudadanía hasta ese momento. A partir de ahí, se propusieron debates éticos y jurídicos respecto a la calidad de vida a la que debía ajustarse el sistema carcelario en nuestro país; muchos compromisos se hicieron desde las instituciones del Estado por encontrarse con la presión de los medios de comunicación sobre ellos, sin embargo, tales compromisos no se materializaron en hechos concretos que resolvieran realmente el problema del hacinamiento en las cárceles.

Pese a los intentos fallidos que dejó esa sentencia, es importante rescatar el impulso que dio para el activismo judicial en el que se encontraba la Corte Constitucional para esos momentos, porque en ella se defendieron categorías de derechos fundamentales de una población invisible, que no se podía defender por encontrarse proscritos de la actividad ciudadana, una población despreciada y segregada a la que todos habían olvidado en razón de la comisión de conductas punibles; no obstante, La Corte Constitucional en su operativa objetividad no podía seguir ignorando tan aberrante situación de deficiencia en la calidad de vida de esta población y se encargó de analizar tal situación en aras de proponer una solución que los pusiera primero que todo en el mapa y segundo, que les asegurara unas garantías mínimas de dignidad como sujetos de derechos.

Este artículo pretende defender que la acción de tutela es el mecanismo jurídico idóneo para proteger este tipo de derechos, aun cuando exista una evidente precariedad institucional y financiera por parte del Estado colombiano para hacerle frente a este problema social. En esa medida, este trabajo sostiene que los derechos fundamentales aquí vulnerados no pueden desplazarse argumentando que existen otras prioridades en la agenda política, en las que deban ser invertidos los recursos del fisco, bajo la tesis del interés general y con la excusa de la incapacidad administrativa. Para defender esta postura, acudimos a la doctrina que hace defensa de los derechos que se adhieren al principio de la dignidad humana, pilar fundamental en el que descansa el Estado social de derecho. En la medida en la que se realicen esas aproximaciones teóricas, se hará referencia a ciertos apartados de la sentencia que nos permiten hacer un ejercicio reflexivo sobre el sentido del fallo de la Corte y que legitime, en esa medida, el curso de acción ofrecido por esta entidad para la protección de esta población.

Este artículo se compone de tres partes; en la primera parte se hace una aproximación en clave constitucional, sobre la pertinencia de la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos desde el mecanismo de la acción de tutela, para validar jurídicamente la vía que se ha optado para poner de relieve este problema de orden nacional; en la segunda parte se eleva la abstracción del discurso jurídico hasta un nivel deontológico en clave ético para poner de presente una crisis de la ciudadanía que de fondo es culpable de la situación actual de hacinamiento de los reclusos en Colombia; por último, se traslada la discusión a la obligatoriedad del Estado colombiano para que desde el neoconstitucionalismo siga creando apuestas eficientes tendientes a la solución del problema que se trabaja.

### **Acción de tutela frente a los derechos de los reclusos**

La acción de tutela es un mecanismo de garantía constitucional que se encuentra prevista en el artículo 86 de la Constitución Política. Fue una de las grandes conquistas que emergió con la expedición de la Constitución de 1991, sin embargo, ha sido una especie de piedra en el zapato para muchas instituciones y agentes que en ocasiones se quejan de la imposibilidad de hacer efectivos la materialización o restitución de derechos ordenados por los jueces de tutela, de hecho, existe un debate sobre el alcance de este mecanismo judicial que aparentemente otorga unos poderes exorbitantes a la Corte Constitucional, entidad creada para confiarle la guarda de la Constitución, según el artículo 241 de la Carta Política. Esos poderes han llevado a la alta corporación a que en sus interpretaciones se le dé un alcance más significativo a la jurisprudencia con referencia a las fuentes del derecho, pasando de tener un carácter meramente auxiliar como se establece literalmente en el artículo 230, a tener un obligatoriedad con alcance *erga omnes*, de modo que con ciertos argumentos optimistas frente a la doctrina del precedente que se podrían sintetizar básicamente en tres postulados fundamentales:

La imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. (...) para garantizar (i) La coherencia del sistema jurídico (...) (ii) Su estabilidad (...) y (iii) El respeto del principio de igualdad (Bernal Pulido, 2008, pág. 86)

El desarrollo de esos argumentos se hace por vía de su propia jurisprudencia a partir del año 1992, este desarrollo jurisprudencial es analizado en el libro *El derecho de los jueces* (López Medina, 2006) a través de una doctrina denominada el «nuevo derecho» en oposición al «derecho tradicional»; en este libro se resalta el papel de los principios por encima de las reglas o el derecho legislado que agoniza en eventos en los que la ley es incapaz de proteger ciertos derechos que se garantizan por vía de constitucionalidad, en ese sentido, lo que argumenta Diego López Medina en defensa del Nuevo Derecho es que los jueces en ocasiones se ven maniatados para resolver casos difíciles porque el legislador no ha previsto ciertas situaciones para resolverse a través de la ley (Ibíd., pág. 323-324), momento en el cual el juez debe arreglárselas haciendo un equilibrio discrecional de los principios generales del derecho para resolver el caso que tiene en sus manos, intentando garantizar los derechos fundamentales que se encuentren vulnerados. Sin embargo, esa corriente no ha terminado de convencer a todos los juristas en Colombia, debido a que cierto círculo se opone a esa visión altruista y activista de la Corte Constitucional, considerando que el Nuevo Derecho es una doctrina que asiste en contravía de la naturaleza del Estado de derecho y vulnera el principio de legalidad, toda vez que no aplica las reglas establecidas en el derecho legislado, dejando un margen de interpretación tan amplio que le otorga el sentido de la justicia al antojo del juez de turno; de esa forma lo ha propuesto Javier Tamayo<sup>1</sup> cuando señala que:

Un sistema que desconozca las leyes y el mundo normativo en general, como lo hace el nuevo derecho, para entregarle a los jueces en un sistema de derecho escrito como el nuestro, toda la capacidad creativa incluida la de hacer leyes con carácter general, bajo el maquillaje de la interpretación, es la negación misma del Estado de derecho (Tamayo Jaramillo, 2011, pág. 133).

Tal vez los defensores del derecho tradicional tengan razón en cuanto al poder político que en algún momento pueda ganar la Corte Constitucional con el alcance de sus sentencias, no obstante, vale advertir que hasta que no venga otra institución del Estado con más representación democrática, como el Congreso de la República o el Gobierno Nacional, a valorar y decretar prerrogativas para grupos en estado de vulnerabilidad e invisibilización, como los reclusos hacinados,

<sup>1</sup> Volveré sobre este punto con detalle en «interpretación judicial garantista».

no podemos seguir pensando que una lucha de élites estatales está por encima de los intereses y derechos individuales de esta población que se encuentra bajo la responsabilidad del Estado colombiano que lo obliga a través del derecho al debido proceso, establecido en artículo 29 de la Constitución Política, más aun cuando uno de los accionantes de la T-153 de 1998 manifiesta que:

Si uno cae a una cárcel debería de tener un mínimo espacio para dormir y tener servicio de agua, en estos momentos después de una hora de habernos encerrado el calor es insoportable la temperatura debe pasar de 30 grados, no hay donde recibir aire, el aire que se respira es caliente lo mismo que el aire que circula, al cual le podíamos dar interpretación como derecho a la propiedad, lo que quiero con la presente acción de tutela es que el gobierno haga la forma de buscar soluciones pues no se justifica que haya que haber violencia, muerte o destrucción para poder que el Estado entre a arreglar soluciones como las que estamos viviendo, yo por mi parte me mantengo atemorizado oyendo rumores de que no esperamos si no que cualquiera arranque para mostrarle a este gobierno que en Bellavista somos capaces de destruir este pabellón en menos de medio día.

Teniendo la certeza de una declaración de este tipo no se puede seguir desviando la atención hacia otras implicaciones de fondo que acarrea el uso de la acción de tutela como mecanismo idóneo de protección efectiva de derechos fundamentales, porque como ya se ha dicho reiteradamente: la incompetencia y falta de voluntad de las instituciones democráticas frente a la solución de este problema no puede seguir siendo la excusa que exonere a los agentes públicos de implementar soluciones efectivas que controlen el hacinamiento en las cárceles.

### **La dignidad humana y las emociones que la inspiran**

Colombia como Estado social y democrático de derecho, descansa en el principio de la dignidad humana, tal y como se ha establecido en el artículo primero constitucional; tal principio tiene un carácter general en el que caben multiplicidad de derechos que se orientan bajo su linaje y, que involucran, así mismo, algunos deberes por parte del Estado

De esta manera, la forma del Estado supone una interesante relación derechos-deberes que en algunos casos supone la condición de posibilidad de su ejercicio recíproco. En el marco de la solidaridad, solo es posible



el goce de los derechos si se ejecutan los deberes (Upegui Mejía, 2009, pág. 77).

Esa relación armónica que se predica de los derechos y deberes no puede arrebatársele a los reclusos por su condición de condenados, pues su papel como tales no les excluye sus derechos fundamentales como persona y ante todo conservan su estatus de nacionales colombianos, sin importar la conducta punible por la que se les condene judicialmente; se configura el respeto por la igualdad en relación con la dignidad humana. Vale la pena en ese sentido, considerar un aparte escrito por Dworkin en *La democracia posible* (2008) donde se abordan implicaciones éticas sobre los derechos humanos de las personas acusadas de terrorismo reclusas en la Cárcel de Guantánamo, jurisdicción de los Estados Unidos de América, para analizar el papel de la dignidad humana con relación a la responsabilidad de los gobiernos:

Debemos decir que el derecho fundamental es el derecho a ser tratado con una determinada actitud, una actitud que exprese el reconocimiento de que toda persona es un ser humano cuya dignidad importa. Un gobierno puede respetar este derecho humano aun cuando algunas veces cometa errores a la hora de identificar qué derechos políticos más concretos debe respetar, siempre que su equivocación sea honesta o bienintencionada (Dworkin, *La democracia posible*, 2008, pág. 53).

No podemos en ese sentido, seguir tratando a la población reclusa en centros carcelarios con repugnancia a razón de la vergüenza que les inyecta la sociedad a través del límite a la libertad de movilidad que se genera con ocasión de su pena, haciéndolos sentir como anormales a través de nuestra actitud poco ciudadana, de la forma en la que lo denuncia la filósofa política de la Universidad de Harvard, Martha Nussbaum: «Respecto de la vergüenza como de la repugnancia, las sociedades seleccionan de modo ubicuo ciertos grupos e individuos para considerarlos vergonzosos, marcándolos como *anormales* y exigiendo que se sonrojen por lo que son y por quienes son» (Nussbaum, 2006, pág. 207).

Nussbaum sostiene que la repugnancia es una emoción que se utiliza para justificar la criminalización de ciertas conductas reprochables por las mayorías, como la necrofilia, las relaciones sexuales entre personas homosexuales que perturban al «hombre medio»; y por ello es apenas lógico que la ley deba proteger a los ciudadanos de lo que les repugna, autores comunitaristas como

Amitai Etzioni (2001, pág. 37) proponen que un buen ejemplo sería rapar la cabeza y enviarlos a casa quitándole los pantalones a los jóvenes que expenden drogas ilegales. Sin embargo, una cosa es estar de acuerdo con penalizar por vía del derecho aquellas conductas que generan repugnancia en la mayoría de ciudadanos apelando a la racionalidad humana y otra cosa es llevar esa repugnancia a las condiciones de vida en las que se van a mantener a esas personas en el tiempo que se encuentren reclusas; trasladar esa repugnancia a las esferas carcelarias desnaturaliza la esencia del derecho penal y es indefendible si se intenta apelar al argumento de la racionalidad humana por infligir daño directo a la dignidad de los reclusos.

Nos interesa seguir trabajando estos tipos de categorías de la mano de Nussbaum porque consideramos que es una filósofa que entiende bien la categoría de emociones humanas, es muy didáctica a la hora de estructurar sus ideas, por ejemplo, en *Emociones Políticas* (2014) usa a Filoctetes, un héroe griego que luchó en la Guerra de Troya, para aproximarse al asco desde la historia de este personaje que fue abandonado, en una isla sin más compañía que su arco y sus flechas, de camino a Troya por sus comandantes, luego de enfermar gravemente a causa de la mordedura de una serpiente en el pie que le provocó intensos dolores e insoportables olores; Nussbaum escribe un pasaje que lleva a pensar inexorablemente en el padecimiento de las personas privadas de la libertad:

Al imaginarse tan vívidamente la vida de un hombre que ningún ojo humano ha visto en diez años, un hombre cuya humanidad misma ha quedado invisibilizada por culpa del ostracismo y el estigma, los hombres del coro hacen las veces de, y apelan a, la vida mental de los espectadores. Estos son invitados así a imaginarse una vida de necesidad y sin hogar, un tipo de vida hacia el que las gentes prósperas rara vez dirigen su atención, un tipo de vida, (...) que podría terminar siendo el destino incluso de los más afortunados en cualquier momento dado (Nussbaum, 2014, pág. 312).

De lo que se intenta llamar la atención es que la experiencia del espectador tiene que dar cuenta de una emoción de compasión ocasionada por los infortunios del otro, donde ese espectador deber ser consiente que la compasión tiene tres elementos fundamentales:

(i) El pensamiento de que el sufrimiento del otro es grave; (ii) el pensamiento de que esa persona no es la causa principal de su propio sufrimiento; y (iii) (en muchos casos sino en todos) el pensamiento de que ese sufrimiento se debe a cosas «como las que le pueden pasar a cualquiera» que vive una vida humana, y que, por lo tanto, es una posibilidad para los espectadores como lo era para los personajes que sufren (Nussbaum, 2014, pág. 316).

Los colombianos han marcado a los reclusos a través del olvido, desentendiéndose de sus necesidades, de sus problemas y de su seguridad, encomendándolos a una institución que se declara abiertamente incapaz de sostenerlos dignamente y con lo que no nos inmutamos para hacer algo al respecto. Debemos recordar que el hombre por naturaleza es un ser que tiende al progreso personal, nadie está condenado en Colombia a pasar el resto de sus días en prisión, la función de ésta es resocializar al recluso para integrarlo luego a la vida civil, pero para ello debe primero, asegurársele un proyecto existencial digno de ser vivido y escogido por él, pero para ello se necesita poner en marcha un plan de educación y productividad que funcione efectivamente en las cárceles, pues es claro, en los términos que lo han denunciado los accionantes de la sentencia T-153 de 1998 que: «aproximadamente 2400 internos tienen oportunidad de trabajar o de estudiar, pero que los espacios para trabajo no alcanzan para la cantidad de personas que solicitan un cupo»; otros afirman:

¿Usted cree que esta gente se va a resocializar así? ¡Olvídese! Vea, por ejemplo, uno puede llegar aquí sano, pero uno aquí conoce la delincuencia. Aquí la gente le dice a uno: lo que usted hizo no lo debió haber hecho así, sino de esta otra forma. Si uno perfecciona el delito se vuelve un mejor delincuente, hasta consigue cartón, se puede graduar.

Otro interno anota:

¡Cómo va a haber resocialización si la cárcel es para 1500 internos y solo en este patio hay 1300 internos! Entonces, ¿cuáles son las capacidades de rehabilitación, dónde están los centros educativos, los centros de trabajo? No hay nada, no hay nada que hacer.

Volviendo al valor trascendental de la dignidad, el profesor de filosofía de la Universidad del Valle, Ángelo Papacchini, exalta siguiendo a Kant, el papel

determinante de la razón humana para reclamar ante el mundo la comprensión del respeto por la dignidad del hombre aduciendo que:

El hombre posee el privilegio de regirse por una ley asumida libremente por su propia razón, a diferencia de los demás seres vivientes que obedecen pasivamente a las leyes del instinto. Por cierto esta libertad, el don máspreciado de la humanidad, puede engendrar grandes males, debido a la presencia de impulsos y pasiones; pero la propensión al mal, que parecería comprometer el valor y la dignidad del ser humano, hacen más meritorios los intentos de edificar un ordenamiento social fundado sobre el respeto de la igual libertad y dignidad de todos (Papacchini, 1997, págs. 223-224).

La intención de proponer este planteamiento de Papacchini está atada a la idea de construir en la conciencia no sólo de los reclusos, sino de la ciudadanía en general, la esperanza de que el hombre sí puede resocializarse en algún momento para erigir con virtudes cívicas la construcción de un proyecto de vida alejado de la ilegalidad y la delincuencia que impulse la construcción de una nación más próspera e igualitaria. No se trata de plantear un modelo de vida por encima de otro, como en una especie de Estado paternalista o perfeccionista, lo que se intenta es sembrar liberalmente el optimismo por la humanidad creyendo en que las personas pueden en algún momento resocializarse en su comunidad para llegar a transformarla, que pueden hacer de sus vidas un verdadero destello de luz y que nuestra naturaleza humana nos permite dar cambios a veces inverosímiles.

No se puede renunciar a una salida sostenida en las virtudes cívicas que se cultiven democráticamente, sabemos que la reflexión que haremos a continuación presenta problemas por considerarse superflua y por no resolver de fondo el problema que hemos intentado denunciar en este artículo, sin embargo, creemos firmemente que estas aspiraciones éticas sacuden en muchas ocasiones la conciencia de los buenos ciudadanos que cultivan en su personalidad el respeto por las humanidades. Coincidimos con el profesor Martín Urquijo (2011, pág. 104) cuando afirma que se necesita una ética ciudadana donde se hagan explícitos los valores, las normas y costumbres que rigen socioculturalmente una buena sociedad, esta sería aquella en la que cada ciudadano junto con las instituciones sociales en su conjunto, tienden a que sus acciones propicien la generación, la protección y el bienestar de la vida humana; Urquijo sostiene en otro texto que a través de «las virtudes cívicas se puede combatir la indiferencia y la apatía por los asuntos públicos» (Urquijo, 2016, pág. 127), lo que intentamos

decir no es otra cosa que es deber de todos los ciudadanos, preocuparse por los padecimientos dolorosos de connacionales, en este caso de los reclusos hacinados en las cárceles.

El sentimiento de solidaridad debe imprimirse como lo hicimos con los damnificados por el desbordamiento de los ríos Mulato y Sancoyaco que provocaron una avalancha sin precedentes en Mocoa, Putumayo la noche del 31 de marzo de 2017 que dejó más de 200 fallecidos; esta tragedia puso a movilizar a muchos sectores de la ciudadanía colombiana para socorrer a los damnificados. Algún contradictor dirá que en el caso de Mocoa las personas recibieron toda la compasión de los colombianos porque no eran culpables de la violencia de la naturaleza que los afectó, mientras que, en el caso de los hacinados sí, porque ellos incurrieron en comportamientos contrarios a derecho, en ocasiones aberrantes y despreciables que no le inspiran los ciudadanos compasión para movilizarse por ellos, es decir, ellos no se lo han ganado y *a contrario sensu* bien merecido tienen el trato que reciben actualmente en la cárcel.

No obstante, ese sentimiento sólo dice cosas desde una perspectiva pulsional sostenida desde una postura pragmática que en ningún caso puede ser defendida por una institución gubernamental en Occidente y menos en un Estado social de derecho, la racionalidad humana debe despertar emociones como la compasión y el perdón para la construcción de una sociedad más humanizada, orientadas por un espectro de virtudes construidas democráticamente desde el republicanismo que aspiren a ese progreso, pero, sin dejar de lado las consideraciones sobre la naturaleza humana en las que existen agentes propensos a la villanía que nunca darán cumplimiento a las reglas sociales por más que se les persuade de respetarlas y, que constantemente son sancionados, para ellos ha propuesto una salida Philip Pettit:

En el nivel inferior, puede haber sanciones aplicables a todas las autoridades públicas, e idealmente sostenedoras del cumplimiento: sanciones, digamos, de persuasión y respeto. Pero si las sanciones de este nivel se revelan incapaces de mantener a alguien en línea -si la persona la regulación en cuestión y se revela villanesca-, se puede apelar entonces a sanciones de nivel superior, más severas. El proceso puede remontarse a sucesivas etapas, recorriendo ascendentemente la jerarquía hasta llegar a lo que Ayres y Braithwaite llaman el gran cañonazo (Pettit, 1999, pág. 298).

Se espera que el gran cañonazo (*benign big gun*) sea usado en una ocasión muy extrema, no con el común de los agentes, sino sólo con aquellos que se han resistido a las sanciones neutrales u optimistamente motivadas; el gran cañonazo consiste en «una medida de tipo incapacitorio que puede consistir, dependiendo del contexto, en el encarcelamiento del agente, en la retirada de la licencia para operar en un mercado, etc» (Tena Sánchez, 2015, pág. 6).

156 Existe una preocupación más sobre el bienestar de esta población, y es la calidad de vida en el desarrollo individual de su proyecto existencial, pues este periodo de su vida que pasa encerrado es sólo un episodio que no integra un objetivo dominante en sus expectativas por alcanzar un modo de vida deseable. Somos conscientes que, si pidieran al vulgo una concepción sobre la naturaleza humana de los criminales, estaría provista de una versión hobbesiana de la conducta humana, es decir, una percepción pesimista del hombre que lo calificaría como un ser esclavo de sus pasiones y apetitos (Hobbes, 1982, pág. 48) sin ningún compromiso moral por fuera de su propia conservación existencial que lo obligare a una vida en sociedad; como plantea Dworkin: «quien lleva una vida aburrida y convencional, sin amigos íntimos, sin desafíos o logros, como si marcara el tiempo que le resta en su camino a la tumba» (2011, pág. 196) no obstante, de conformidad con el sistema penal colombiano que es a todas luces garante del principio de la dignidad humana (art. 1° del Código Penal), es posible argumentar que los dispositivos acusatorios están propuestos para la resocialización de las personas que purgan pena privativa de la libertad en los centros carcelarios, así que en adelante jugaremos discursivamente con una visión optimista de la naturaleza humana, proponiendo que el hombre es un ser que persigue estadios de la vida tendientes al progreso personal y por eso, las personas que están privadas de su libertad no están en el último episodio de su existencia, ese es sólo un paréntesis que nos invita a reflexionar para volver a tomar las riendas de sus objetivos más sagrados y encausar sus pasos siguientes por el camino del recto juicio.

Joseph Raz, ex-profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Oxford, propone que la búsqueda de una vida de bienestar depende de los compromisos personales que cada individuo se trace, dejando de lado el odio por el tipo de vida que cada cual lleva, en el caso de no tener una vida de éxito, es decir, las vidas provechosas dependen de las actividades que ponen a los sujetos en movimiento hacia el progreso personal, en una idea lo que expresa Raz es: «Una vida puede prosperar sólo a través de la búsqueda exitosa de actividades, y éstas

deben proseguirse por voluntad propia, y con el espíritu pertinente a la actividad en cuestión» (Raz, 2001, pág. 18). Pero cómo se puede esperar que una persona recluida en Colombia busque actividades para su progreso personal, cuando lidia con el estrés del hacinamiento en el lugar donde se encuentra, está bien, la cárcel no son vacaciones, pero tampoco es ostracismo y, si se quieren lograr los propósitos del sistema penal colombiano, deben garantizarse unos mínimos de dignidad que le permitan a los sujetos repensar su papel en el universo en un camino ascensional por las esferas más incólumes que sus capacidades personales puedan lograr.

La reflexión sobre el progreso personal que hace un recluso en el presente para potencializar en un futuro fuera de la cárcel, no debe pensarse como una meta estática o fija en el espacio y el tiempo, que al alcanzarse lo desobligue de seguir buscando el progreso personal; es decir, la evolución no es algo que deba concebirse como una especie de meta que se alcanza con una determinada suma de acciones tendientes al progreso humano,

Hay algo de infantilidad en la idea de que la «evolución», el progreso, significa una suma determinada de realizaciones lograda para siempre y que, en su monto exacto, disminuyen la cantidad de lo que está aún por hacerse, eliminando definitivamente el mismo número de perplejidades y avanzando exactamente la misma distancia en nuestro camino hacia una meta final estable y definida (Dewey, 2014, pág. 299).

Más bien debe pensarse como un ideal infinito en el que el hombre sea consciente de que la finitud de su existencia está condicionada a las contingencias del espacio y el tiempo, es decir, cualquier hombre debe hacer varios ejercicios reflexivos sobre el sentido de su progreso personal a lo largo de su vida, sin creer que llegó a un momento donde conquistó todo lo que quería para sí, en la medida que vaya cumpliendo ciertas metas trazadas, debe involucrarse escalonadamente en nuevos propósitos, consciente de que un modo de vida buena contiene todo un universo de valiosos estados de cosas a conquistar.

### **El estado de cosas inconstitucional y garantismo**

De conformidad con lo señalado en la Sentencia T-025 de 2004, el estado de cosas inconstitucional es una figura usada por la Corte Constitucional cuando «Se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención

de distintas entidades para atender problemas de orden estructural»; en los términos de la Sentencia T-153 de 1998 se ha establecido que esta figura se ha hecho con el fin de:

Buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas causas sean de naturaleza estructural –es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

Esta misma corporación ha determinado en la misma sentencia que en el caso de las cárceles se configura la figura del estado de cosas inconstitucional en la medida de que:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

La Corte sigue reconociendo en otros apartados de la sentencia que la situación actual de las cárceles es evidentemente una transgresión a los derechos



fundamentales, que el código penal, de procedimiento penal y penitenciario y carcelario son letra muerta porque vulneran evidentemente el principio de la dignidad humana en múltiples dimensiones, aseverando que estos establecimientos no cumplen con la función por la que fueron creadas por la Constitución y la ley, sino que por el contrario, operan como escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.

En otro apartado llama la atención del papel que juega la Corte como protector de esa población, que como se ha sostenido anteriormente, ha sido olvidada por los colombianos, aclarando que es la Corte quien en esos casos se abandera para reducir esa inequidad a través de sus mandatos:

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas.

De esta forma apela la Corte al activismo garantista que pone de presente la crisis de la legalidad al momento de asegurar para los individuos garantías efectivas para la protección de sus derechos, teniendo que solventar la Corte con su jurisprudencia esos problemas a los que el Congreso no responde, porque para el legislador resulta muy cómodo denunciar la usurpación de competencias por parte de la Corte Constitucional, pero, de no ser de esa forma, no habría quien velara por los derechos fundamentales de estos grupos históricamente marginados; en palabras de Ferrajoli:

El reto que hoy se deriva para la razón jurídica de las múltiples formas que adopta la crisis del derecho en acto no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por la ilustración jurídica, cuando emprendió la obra de la codificación bajo la enseña del principio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición iuspositivista clásica, la razón jurídica actual

tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho – bastante más que en el viejo Estado liberal– como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2009, págs. 18-19).

Lo que intenta poner de presente Ferrajoli es que los derechos fundamentales necesitan el respaldo de garantías que permitan materializarlos; es decir, de entrada, hay que saber que cuando hablamos de derechos fundamentales, no se está haciendo referencia a garantías para hacerlos efectivos. Los derechos están incorporados en las constituciones y las garantías son los mecanismos para darle vida a los derechos en un lenguaje normativo, (estos no deben equipararse). Para Ferrajoli el garantismo constitucional tiene una dimensión teórica y filosófica que se expresa en la siguiente cita:

Una teoría de garantismo además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es consecuencia también de una crítica de las ideologías: políticas, ya sean estas iusnaturalistas o ético-formalistas, que confunden en el plano político externo la justicia con el derecho; y las ideologías jurídicas, tanto normativistas como realistas, que así mismo confunden, en el plano jurídico interno, la validez con la vigencia, o, al contrario, la efectividad con la validez (Ferrajoli, 1995, pág. 855).

El panorama incierto del hacinamiento en las cárceles puede reducirse con garantías eficaces, que no son otra cosa, en palabras de Ferrajoli, que «las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional» (Ferrajoli, 1995, pág. 25).

Las garantías liberales al estar dirigidas para asegurar la tutela de los derechos sobre libertades, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; *a contrario sensu*, las garantías sociales aseguran la tutela de derechos sociales y consisten en técnicas de coerción o sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen.

Esta concepción sobre validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, de la relación entre las que se han llamado

democracias formal o política y democracia sustancial, se refleja en un refuerzo del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática. Para tal efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el antiguo paradigma positivista, sujeción a la literalidad de la ley (exégesis), cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto a su validez, es decir, coherente con la Constitución, tal y como se ha expresado aquí anteriormente. Como lo dijera Luigi Ferrajoli, «la sujeción del juez a la ley es antes que nada la ley constitucional» (Ferrajoli, 1995, pág. 378).

En el modelo constitucional garantista, la validez no es un dogma asociado sólo a la existencia formal de la ley, sino que es una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De lo que se desprende que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez al igual que corresponde la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, es decir, compatibles con las normas constitucionales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.

### *Interpretación judicial garantista*

Las omisiones legislativas han llevado a que los jueces sean los verdaderos protagonistas a la hora de regular ciertos problemas sociales que en principio no le competen por mandato constitucional. Esto ha provocado un descontento generalizado en los círculos altos del poder, especialmente por los miembros del Congreso de la República que cada vez que están debatiendo un tema sensible a las fibras de la ciudadanía denuncian la intromisión judicial en sus facultades.

Para ello proponemos un ejemplo reciente, Cuando la senadora por el partido Liberal, Viviane Morales, promovía un proyecto de referendo para preguntarle a la ciudadanía colombiana si estaba de acuerdo o no, con la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y personas solteras, su proyecto fue archivado en segundo debate en la Comisión primera de la Cámara de Representantes, no obstante, en aquella oportunidad, la senadora aprovechó la ocasión para acusar a la Corte Constitucional de inmiscuirse en asuntos que no eran de su competencia, en tal sentido, sostenía que:

El referendo en ningún momento sustituiría la Constitución, pues lo que verdaderamente la sustituyó fue la sentencia de la Corte Constitucional

que pasó por encima el artículo 42 de la misma que establece que la familia está conformada por un hombre y una mujer. «La corte también define por mayorías», dijo. Agregó que lo que quiere el pueblo es «menos sentencias de la Corte y más Constitución. La Corte es sirviente de la Constitución y no su amo» (Revista Semana, 2017).

Lo que no logró la senadora Morales era tal vez predecible, toda vez que como ya se dijo, en debates tan sensibles, el Congreso se polariza tanto que en muchas ocasiones no logra convertir esos proyectos en leyes, y cuando sí lo logra, puede contener vicios de inconstitucionalidad que llevan a la declaratoria de inexecutable de los mismos por parte de la Corte Constitucional. Así que, sin despreciar los esfuerzos por legislar en áreas problemáticas de la sociedad, no se puede seguir esperando que el Congreso en el uso de sus funciones decretadas en la Constitución Política se ponga de acuerdo para regular una materia, mientras los derechos fundamentales de una población se siguen desconociendo o vulnerando. Antes de continuar, vale aclarar que dentro del discurso constitucional garantista no hay lugar para aprobar la propuesta de la senadora Viviane Morales, pues sus argumentos son abiertamente discriminatorios y además van en contravía de los principios que fundan el partido político al que pertenece, pero ese no es el asunto de este trabajo y por eso dejamos la aclaración sobre este ejemplo hasta aquí.

162 Estaríamos realmente frente a una crisis de la democracia dejando a los jueces que decidan ¿qué derechos poseen los ciudadanos en vez de dejarlo en manos del legislador?, proponemos esta pregunta porque teóricamente cada legislador representa los valores, tendencias y proyectos políticos y morales de los sectores de la ciudadanía que va a representar, para ser vocero de ese grupo ante la comunidad política con la que se enfrentará en visiones y posturas contrarias para establecer consensos y promover la creación de leyes que regulen a la comunidad política; mientras que los magistrados no gozan de esa calidad porque estos no son elegidos democráticamente y en definitiva no están obligados a responder concordantemente frente a los intereses de un grupo en particular, además, los procesos para la toma de decisiones son muy distintos entre ambas instituciones.<sup>2</sup> Sin embargo, es muy problemático que la democracia mida su

<sup>2</sup> Mientras el proceso de una ley ordinaria tiene cuatro debates en el Congreso, una sentencia en la Corte tiene una audiencia.

valor cuantitativamente y no cualitativamente, coincido con Jeremy Waldron cuando sostiene que:

La votación se asemeja al reconocimiento del fracaso, ya que muestra que una discusión basada en las razones ha fracasado en la resolución de una cuestión. La votación nos traslada de la consideración cualitativa de la sustancia al negocio escalofriante y cuantitativo de ver qué proposición goza del apoyo de la mayoría. Cuando quienes escriben sobre deliberación dirigen su atención hacia la votación, la sensación de disgusto es casi palpable: las comillas despectivas que Ronald Dworkin coloca a la frase «la cruda visión estadística de la democracia» (1990, pág. 36) es un buen ejemplo, como si un compromiso con el mayoritarismo representara una fe ciega y sin sentido en los números, y como si representara una afrenta a la visión según la cual nuestras decisiones deberían ser tomadas teniendo en cuenta razones (Waldron, 2004, pág. 251).

Hasta aquí no hay ningún argumento contra la democracia, porque finalmente la votación es el mecanismo de concreción de ella, es decir, es el que históricamente la ha hecho posible; no obstante, lo que si he intentado argumentar es que en temas de derechos fundamentales no es saludable para la democracia que se decidan por voto de mayorías, porque de esa forma se desconocerían derechos fundamentales de pequeños círculos de la comunidad política que serían callados por la aplastante voz de la mayoría; en síntesis, es difícil argumentar que las decisiones legislativas en materia de derechos sea más precisa que una decisión judicial, por el perfil profesional «la técnica de analizar la coherencia especulativa para determinar si algo es un derecho está más desarrollada entre los jueces que entre los legisladores» (Dworkin, 2012, pág. 43), esto porque los jueces siempre son abogados mientras que los legisladores necesariamente no lo son en todos los casos.

La adjudicación constitucional de competencias no puede justificar el abstencionismo estatal para la protección de derechos fundamentales, es decir, el Congreso no puede disgustarse con la Corte Constitucional porque esta última sí sea garante de poblaciones marginadas, así que si para poner en los ojos de los ciudadanos los problemas de los internos de las cárceles, debemos admitir un escepticismo ante las reglas pregonado por la Corte Constitucional, ipues lo hacemos!, en la medida en que las instituciones del Estado sigan sin cumplir lo que la adjudicación constitucional de competencias les demanda. El formalismo

jurídico no puede vencer argumentando el respeto por los valores institucionales de la seguridad jurídica y el principio de legalidad que descansan en la idea del Estado de derecho, aquí priman las tesis defendidas por el Nuevo Derecho que abandera el profesor Diego López Medina, porque la justicia no va en una doble calzada con el derecho, es decir, que no se cruzan entre sí, como sostienen los positivistas fuertes; el derecho está puesto para garantizar múltiples dimensiones de la justicia, no sólo la imparcialidad (Rawls, 1995), sino otros enfoques como las capacidades humanas (Nussbaum, 2007) y el reconocimiento (Taylor, 2001), todos estos enfoques descansan en el principio de la dignidad humana, bandera del liberalismo político.

*¿Es más importante la seguridad jurídica que los derechos fundamentales?*

El garantismo ha llevado a una exageración del poder de la Corte Constitucional en su afán por proteger los derechos fundamentales de las personas que demandan su asistencia, los casos más emblemáticos son las tutelas por derechos conexos a la seguridad social; estas han producido un malestar en las entidades privadas y públicas que tienen que asumir los costos de las órdenes emanadas por la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela. Las élites económicas afectadas reclaman el respeto por la seguridad jurídica y el principio de legalidad, porque, a su parecer, en ocasiones la Corte deja de lado disposiciones jurídicamente válidas que hacen que los casos sean fáciles de resolver a favor de esas élites económicas, y en su lugar, fallan en equidad, reconociendo derechos fundamentales sumamente costosos de materializar.

164

Lo mismo sucede con el Estado en este caso, con la cantidad tan abundante de reclusos en las cárceles de Colombia, se le dificulta cubrir las mínimas condiciones de dignidad y más aún las indemnizaciones por las omisiones de sus agentes, por eso, así la sentencia de tutela 153 de 1998, represente una conquista de las esferas más altas de la dignidad humana, no constituye pragmáticamente algo más que un saludo a la bandera, pese a la profundidad de las reflexiones ontológicas que en ella se hacen, y pese aún más a la reflexión deontológica que hemos intentado desarrollar en estas páginas. Sin embargo, esta situación no deja pasar desapercibido un debate importante que teóricamente existe en el derecho contemporáneo, que versa en torno al problema del activismo jurídico de la Corte Constitucional y el recelo de los juristas que guardan respeto por el principio de legalidad y de seguridad jurídica, que podrían denominarse

formalistas, pero no en el estricto sentido de la acepción del término, debido a que ese tipo de formalismo ya no es defendido por nadie, como lo expresa Javier Tamayo Jaramillo con la siguiente metáfora *a simili*: «consagrar años de inteligencia escribiendo un erudito libro para atacar un positivismo literalista en el que ya nadie cree, es como tomarse por asalto con todas las tropas de las cruzadas, un cementerio... y bombardearlo» (Tamayo Jaramillo, 2011, pág. 158).

Tamayo Jaramillo denunció en una carta abierta en *Ámbito Jurídico* denominada «Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho», el poder desmesurado que tenía el juez constitucional a la hora de decidir sus casos en particular (Sentencias de tutela), donde podía pasar por encima de cualquier norma establecida en el orden jurídico con tal de hacer justicia; su objetivo es criticar con ímpetu *El derecho de los jueces* (2006), respecto a la afirmación de López Medina de que la doctrina del Nuevo Derecho es de tendencia de centro izquierda; para Tamayo esta forma de concebir el derecho es la principal amenaza para el derecho mismo, porque una Corte izquierdista puede desconocer el ordenamiento legal al ponderar derechos fundamentales contradictorios con el argumento de que amparará a los desposeídos, implementando despóticamente su visión sobre la forma correcta de gobierno, tergiversando la forma de interpretación de los derechos en aras de que el fascismo y la izquierda acaben con el poco derecho, que a la vista de Tamayo queda. También denuncia que una Corte, así como la legítima López Medina, tiene tanto poder que no tendría ningún problema en implantar un régimen despótico y represivo y, cuando ello pasara ya no podría abrir la boca para denunciar las aberraciones antijurídicas que el tribunal cometiera;<sup>3</sup> termina por recordarle a López Medina que el Nuevo Derecho justifica los cursos de acción tanto del juez que quiera impartir justicia como del corrupto que se empeñe en imponer una dictadura, sin que nadie pueda evitarlo, ni siquiera la Constitución Política.

Diego López Medina responde a las críticas de Tamayo Jaramillo con una carta titulada «'Nuevas' reflexiones sobre la interpretación constitucional y el

3 Tamayo propone algunos ejemplos hipotéticos sobre las decisiones que podría tomar, como (i) la legitimación de grupos de autodefensas bajo la premisa de que las personas tienen derecho a conformarlos para proteger el derecho a la vida; (ii) la restricción de la libertad de locomoción con el pretexto de proteger la seguridad y la vida de los individuos; (iii) la clausura de los medios de comunicación por considerar que el derecho a la intimidad personal prevalece sobre la libertad de información; entre otros.

Nuevo Derecho», donde usa la obra de Tamayo Jaramillo sobre la responsabilidad civil extracontractual para sindicarlo de ser partidario de la doctrina del Nuevo Derecho, pues señala que en su tratado existe un impulso que ayudó a transformar las nociones de «daño» y «responsabilidad» a favor del derecho de accidentes que tuvo que reconocer el impacto que generó el proceso de industrialización de la producción en el siglo XX, respondiendo al dolor físico y moral que genera también el conflicto armado en Colombia respecto a los accidentes en que incurren las técnicas político-militares del Estado.

Le sindicamos de haber admitido que de no ser por la jurisprudencia y la doctrina no se hubiese producido semejante cambio, salvando el importante papel que también jugó el legislador; así que a partir de esta premisa procede a hacer precisiones sobre su noción de «Nuevo Derecho» al que señala de oscilar entre la jurisprudencia mecánica y la jurisprudencia libre,<sup>4</sup> sin embargo, reconoce que no conoce ningún autor que defienda la jurisprudencia libre, ni siquiera él mismo, quien vuelve a admitir que si bien la jurisprudencia mecánica no logra explicar con precisión la función judicial de la Corte Constitucional para tomar decisiones sin estar rígidamente sometido a los imperativos de las reglas preexistentes, resulta necesario explicar esas decisiones de tal modo que se vean objetiva y racionalmente «correctas», el papel de la Corte a la luz de la doctrina del Nuevo Derecho debe ser voluntarista y subjetivista para que correspondan con los postulados básicos de la Constitución Política y no se yerre al pensar que una «Corte fascista» como la que propone el profesor Tamayo Jaramillo en su carta, podría tomar semejantes decisiones bajo la lógica de la jurisprudencia libre, pues los ejemplos que propuso son todos «casos fáciles», mientras que López Medina le ofrece respuestas a sus ejemplos<sup>5</sup> cerrando el camino para el derecho civil y el común de ofrecer mejores alternativas para dar explicaciones teóricas. Advierte por último que su obra muestra una realidad iusteórica más compleja que la visión partidística y política que el profesor Tamayo insinúa,

4 Dentro de la jurisprudencia mecánica «los jueces sólo aplican normas claras, completas y coherentes previamente establecidas por el legislador y que les imponen un altísimo sino total grado de restricción judicial»; mientras que en la jurisprudencia libre «los jueces toman decisiones que no tienen ninguna restricción generada por el Derecho preexistente» (López Medina, 2005a)

5 Para Diego López Medina ninguna Corte en Colombia podría:

Sostener que en Colombia hay un derecho constitucional a la autodefensa armada del perfil que han tenido las AUC dentro del conflicto colombiano; (...) ninguna corte constitucional, so pretexto de jurisprudencia libre, podría justificar el cierre de medios de comunicación ni las restricciones irrazonables a la libertad de locomoción (López Medina, 2005a).



tampoco representa la defensa académica de la Corte Constitucional en el choque de trenes, ni promueve una «jurisprudencia de capricho» de la forma en la que caricaturiza Tamayo Jaramillo al Nuevo Derecho.

En respuesta a esta carta,<sup>6</sup> Tamayo Jaramillo deja en claro, en primera medida, que él no pertenece a la escuela del Nuevo Derecho y que más bien lo que su detractor hace es confundir los conceptos de formalismo y antiformalismo; pues vuelve a denunciar que pese a que López Medina se apoya en autores que demandan que las normas sean interpretadas dándoles un significado acorde a las necesidades axiológicas del caso concreto, se confunde porque dichos autores lo hacen en aras de darle un significado razonable a la interpretación de la ley sin tener que desconocerla, contrario a lo que propone López Medina en el Nuevo Derecho. Para Tamayo el Nuevo Derecho es sinónimo de antiformalismo porque niega la ley, mientras que a la vieja escuela a la que él se inscribe le es posible (según el autor) darle un rostro humano haciendo giros hermenéuticos sin tener que desconocer la ley; admite que tanto los formalistas como los antiformalistas crean derecho, sin embargo, mientras que los antiformalistas están creando totalmente, los formalistas sólo hacen una creación condicionada a los elementos (normas jurídicas) con los que cuenta para interpretar.

En segundo lugar, Tamayo hace precisiones de la forma en la que él entiende que el juez hace política con sus sentencias, afirmando en que lo hace desde una posición ideológica frente a la sociedad, más no como un ejercicio de lucha por el poder, ni menos como una pugna de poder entre el Congreso y la Corte.

Termina argumentando que la doctrina de López Medina es insostenible al intentar proponer la doctrina obligatoria constitucional porque al trasladarse del imperio de la ley al imperio de la jurisprudencia constitucional, los jueces de instancia podrían hacer sus propias interpretaciones basados en la existencia de otras fuentes del derecho, como el mismo López Medina lo defiende, y con ese margen tan amplio sobre las fuentes, la obligatoriedad de la doctrina constitucional se perdería, por culpa del mismo argumento del profesor López Medina.

Para persuadir a Tamayo, López Medina expresa que con las razones expuestas debería compartir el antiformalismo normativo de la ley, continúa estructurando el argumento de la columna anterior en la siguiente forma:

---

<sup>6</sup> La nueva carta se titula: «No son lo mismo la interpretación razonable y el nuevo derecho».

(...) Les ordena (la sociedad) a sus jueces que apliquen principios o estándares generales y no reglas concretas de tipificación específica. Así por ejemplo les ordena (...) que evalúen la responsabilidad según una comparación abstracta y principialista con el buen padre de familia (Código civil), que miren el peligro que representan para la sociedad y la víctima antes de imponer la detención preventiva de acusado (Código de procedimiento Penal) o que, finalmente, inapliquen normas legales cuando vulneren de manera abierta y flagrante derechos constitucionales fundamentales (Constitución Política) (López Medina, 2005b, pág. 20A).

En esta oportunidad López Medina anota que los conceptos no se separan tajantemente en la doctrina del derecho debido a que los distintos autores son ambiguos cuando intentan aproximarse al antiformalismo, pero concuerdan en que las ciencias sociales rellenan el déficit de racionalidad que se deriva de la constante cortedad de las normas en dirigir silogísticamente la actividad de los jueces, es decir, usaron las ciencias sociales para tomar decisiones en casos difíciles en los que el derecho vigente no era suficiente.

El debate entre estos dos autores resulta muy enriquecedor en teoría jurídica sobre las fuentes del derecho en Colombia, ayudando a pensar no sólo el problema sobre el hacinamiento carcelario, sino muchos debates sobre derechos fundamentales en los que la Corte Constitucional ha participado activamente desde su creación en 1992. Quisiera seguir ampliando el debate, pero, me alejaría mucho de los objetivos trazados en este documento, sin embargo, consideramos que hasta aquí se expresaron algunos de los argumentos más importantes desde ambas posturas, es decir, desde quienes defienden el papel de la Corte, como desde quienes la critican por considerar exacerbado su poder jurisdiccional.

En definitiva, este ejercicio reflexivo que se ha constituido a lo largo de este documento lleva a establecer las siguientes.

### Consideraciones finales

La acción de tutela es en definitiva el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de los reclusos en Colombia, en la medida de que no se trata de establecer si este tipo de sentencias promueven un desbordamiento del poder que enfrenta a esa corporación con otros organismos del Estado que reclaman respeto del principio de legalidad; siempre que sea una entidad que se encuentre preocupada por la situación actual de los internos y proponga algunas salidas que favorezcan las condiciones dignas de estas personas.

El principio de la dignidad humana constituye el epicentro desde el cual deben girar las reflexiones sobre los distintos derechos fundamentales que están siendo vulnerados actualmente a los internos en las cárceles de Colombia, para que sea el Estado social de derecho el garante responsable de construir un estado de cosas que permita establecer una resocialización efectiva de los reclusos en Colombia.

Las reflexiones sobre las emociones políticas pesimistas que se estudiaron deben constituir una frontera ética en la educación ciudadana para dejar de transgredir la dignidad de los reclusos en Colombia, cada individuo en este país debe hacer un ejercicio reflexivo intrínseco para descontaminar su visión pesimista por el dolor infligido al recluso que socialmente ha sido condenado al ostracismo.

La declaración del estado de cosas inconstitucional debe ser el punto de partida para que organismos del Estado como el Gobierno Nacional, el Congreso de la República y en general toda la rama judicial establezcan soluciones efectivas para terminar con el hacinamiento en los centros de reclusión en aras de garantizar a los reclusos un trato digno como seres humanos.

## Bibliografía

- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de Derecho del Estado*(21), 81-94.
- Dewey, J. (2014). *Naturaleza humana y conducta* (2 ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (1990). *A Bill of Rights for Britain*. Londres: Chatto and Windus.
- Dworkin, R. (2008). *La democracia posible*. Barcelona: Paidós.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Echeverry, Y. (2013). El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia. *Precedente. Revista Jurídica*, 3, 213-254.
- Etzioni, A. (2001). *The monochrome society*. Princeton: Princeton University Press.

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (6 ed.). Madrid: Trotta.
- Hobbes, T. (1982). *El Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- López, D. (Mayo a Junio de 2005a). «Nuevas» reflexiones sobre la interpretación constitucional y el nuevo derecho. *Ámbito Jurídico*, VIII(177), pág. 14A y 16A.
- López, D. (18 al 31 de julio de 2005b). Los conceptos de «formalismo» y «antiformalismo» en teoría del Derecho. *Ámbito Jurídico*, VIII(181), págs. 19A-20A.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2 ed.). Bogotá: Legis, Universidad de los Andes.
- López, D. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. Precedente. *Revista Jurídica*, 7, 9-42.
- Nussbaum, M. (2006). *El ocultamiento de lo humano*. Buenos Aires: Katz.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones Políticas*. Barcelona: Paidós.
- Papacchini, A. (1997). *Filosofía y derechos humanos* (3 ed.). Cali: Programa Editorial de la Universidad del Valle.
- Pettit, P. (1999). *Republicanismo*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- Revista Semana. (10 de mayo de 2017). *MINUTO A MINUTO* || «Acudiremos a la plenaria si niegan el proyecto en la Comisión». Obtenido de Semana.com: <http://www.semana.com/nacion/articulo/comision-primera-de-la-camara-de-representantes-debate-referendo-de-viviane-morales/524708>
- Tamayo Jaramillo, J. (2011). *La decisión judicial* (Vol. I). Medellín: Biblioteca jurídica Diké.

- Taylor, C. (2001). *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tena Sánchez, J. (2015). Estrategias de Diseño Institucional y Cumplimiento. El Caso de las Nuevas Políticas de Seguridad Vial en España. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, 7(2), 1-19.
- Upegui Mejía, J. C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Urquijo, M. (2011). *Ética, ciudadanía y democracia*. Cali: Universidad del Valle.
- Urquijo, M. (2016). Reconceptualizaciones contemporáneas sobre la ciudadanía democrática. En D. Grueso, *Re-conceptualizando la política y la democracia* (págs. 125-154). Cali: Universidad del Valle.
- Waldron, J. (2004). Deliberación, desacuerdo y votación. En H. Hongju Koh, y R. C. Slye, *Democracia deliberativa y derechos humanos* (págs. 249-267). Barcelona: Gedisa.